

VU Research Portal

Wet werk en zekerheid: uitzonderingen voor jongeren in strijd met Europees recht

Bouwens, W.H.A.C.M.

published in

Nederlands Juristenblad
2014

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Bouwens, W. H. A. C. M. (2014). Wet werk en zekerheid: uitzonderingen voor jongeren in strijd met Europees recht. *Nederlands Juristenblad*, 2014, 2237-2242. [1677].

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Vindplaats: NJB 2014/1677
Auteur: Willem Bouwens^[2]

Bijgewerkt tot: 23-09-2014

Uitzonderingen voor jongeren in strijd met Europees recht

Samenvatting

De Wet werk en zekerheid^[1] heeft belangrijke gevolgen voor het ontslagrecht en de rechtspositie van flexwerkers. De wet introduceert onder meer een 'transitievergoeding' en behelst een ingrijpende wijziging van de regeling voor opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. In deze twee regelingen wordt een uitzondering gemaakt voor werknemers die de leeftijd van achttien jaar nog niet hebben bereikt en wier werkzaamheden gemiddeld een omvang van ten hoogste twaalf uren per week hebben. Kleine deeltijdbanen vóór de achttiende verjaardag, bijvoorbeeld als caissière in een supermarkt of als bediende in een restaurant, blijven derhalve buiten beschouwing bij de beoordeling of een nieuw aangeboden arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en of de betreffende werknemer bij ontslag in aanmerking komt voor een transitievergoeding. In deze bijdrage stelt de auteur de vraag aan de orde of deze uitzonderingen in strijd zijn met het Europese recht. Zijn conclusie laat geen ruimte voor misverstand.

1.De transitievergoeding

Na invoering van het nieuwe ontslagrecht per 1 juli 2015 is de werkgever in beginsel verplicht bij einde van het dienstverband aan de werknemer een transitievergoeding te betalen indien de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd en de arbeidsrelatie wordt beëindigd

- a. op initiatief van de werkgever; of
- b. op initiatief van de werknemer indien de grond voor de beëindiging is gelegen in ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

De vergoeding hoeft niet betaald te worden bij een beëindiging met wederzijds goedvinden. Voor het overige is niet relevant op welke wijze het ontslag wordt gerealiseerd (door opzegging, ontbinding of het niet voortzetten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd).

De transitievergoeding is enerzijds bedoeld om de werknemer compensatie te bieden voor het ontslag en anderzijds om hem in staat stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken.^[3] De vergoeding kan, maar hoeft niet te worden aangewend voor scholing of begeleiding naar ander werk.^[4] Zij kan derhalve ook worden gebruikt om de kosten van levensonderhoud te bestrijden of een vakantie te financieren.

Op grond van het nieuwe artikel 7:673 lid 7 is de vergoeding onder meer niet verschuldigd, indien de

beëindiging geschiedt vóór de dag waarop de werknemer de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt en de gemiddelde omvang van de door hem verrichte arbeid ten hoogste twaalf uren per week heeft bedragen.^[5] Een vergelijkbare uitzondering komen we tegen in de bepalingen over de hoogte van de transitievergoeding. Uitgangspunt is dat de vergoeding over de eerste 120 maanden van de arbeidsovereenkomst gelijk is aan een zesde van het in geld vastgestelde loon per maand voor elke periode van zes maanden dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd, en gelijk aan een kwart van het in geld vastgestelde loon per maand voor elke daaropvolgende periode van zes maanden. De maximale vergoeding bedraagt € 75 000 of een jaarsalaris indien dat laatste hoger is (artikel 7:673 lid 2). Voor de berekening van de duur van de arbeidsovereenkomst worden elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden opvolgende arbeidsovereenkomsten samengeteld. De maanden tot het bereiken van de achttienjarige leeftijd waarin de gemiddelde omvang van de door de werknemer verrichte arbeid ten hoogste twaalf uren heeft bedragen, blijven bij die berekening echter buiten beschouwing (artikel 7:673 lid 4 sub a).

2. De nieuwe ketenregeling

De Wwz maakt ook in de nieuwe regeling voor opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd – de zogenoemde ‘ketenregeling’ – een uitzondering voor personen jonger dan achttien jaar. Artikel 7:668a stelt, zoals bekend, beperkingen aan het opvolgend gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Vanaf de dag dat tussen dezelfde partijen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden hebben opgevolgd en een periode van 36 maanden hebben overschreden, geldt de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd. Dat geldt ook wanneer meer dan drie voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van niet meer dan drie maanden. Op grond van het huidige lid 5 kan bij cao onbeperkt worden afgeweken van de regeling.

De ketenregeling zal door de Wwz worden aangescherpt. Die aanscherping betreft in de eerste plaats de temporele beperking die aan het aangaan van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd wordt gesteld. Conversie vindt straks plaats na 24 maanden in plaats van na 36 maanden. De numerieke beperking (maximaal drie) blijft ongewijzigd. Verder wordt de tussenpozenregeling verruimd. Alle arbeidsovereenkomsten die elkaar opvolgen met tussenpozen van ten hoogste zes maanden tellen straks mee. Ten slotte zal de mogelijkheid om bij cao af te wijken aan banden worden gelegd.

De ketenregeling zal door de Wwz worden aangescherpt. Die aanscherping betreft in de eerste plaats de temporele beperking die aan het aangaan van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd wordt gesteld. Conversie vindt straks plaats na 24 maanden in plaats van na 36 maanden. De numerieke beperking (maximaal drie) blijft ongewijzigd. Verder wordt de tussenpozenregeling verruimd. Alle arbeidsovereenkomsten die elkaar opvolgen met tussenpozen van ten hoogste zes maanden tellen straks mee. Ten slotte zal de mogelijkheid om bij cao af te wijken aan banden worden gelegd.

Tegenover deze aanscherpingen staat dat de vernieuwde ketenregeling niet van toepassing is op een arbeidsovereenkomst met een werknemer die de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, indien de gemiddelde omvang van de door hem verrichte arbeid ten hoogste twaalf uren per week heeft bedragen (artikel 7:668a lid 11). De memorie van toelichting verduidelijkt dat de ketenbepaling van toepassing wordt vanaf de dag waarop de werknemer de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt. De op die dag lopende arbeidsovereenkomst telt als eerste arbeidsovereenkomst voor de berekening van het aantal aan gegane arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Ook voor het bepalen van de maximale duur wordt uitgegaan van de dag dat de werknemer de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt.^[6]

3. Ratio

De uitzonderingen voor personen jonger dan achttien jaar duiken voor het eerst op in het Sociaal Akkoord dat in april 2013 tot stand kwam. In de brief van de Stichting van de Arbeid, die aan de basis lag van de afspraken tussen kabinet en sociale partners, merken laatstgenoemden op dat zij de positie van jongeren tot achttien jaar met banen van minder dan twaalf uren per week ‘anders’ vinden dan die van andere werknemers die permanent op de arbeidsmarkt zijn aangewezen. Deze jongeren kennen nog een leer- respectievelijk kwalificatieplicht en combineren dus veelal studie met werk. Betaling van een transitievergoeding en een beperking van de mogelijkheid om opeenvolgende tijdelijke contracten te sluiten liggen volgens de Stichting van de Arbeid daarom ‘niet in de rede’.^[7]

Vergelijkbare argumenten zien we terug in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel. Bij de uitzondering op de ketenbepaling wordt gerefereerd aan de tot het achttiende jaar bestaande leer- of kwalificatieplicht, die meebrengt dat de arbeid voor het overgrote deel van deze groep noodzakelijkerwijs niet meer dan van bijkomstige aard kan zijn. Volgens de regering heeft als gevolg daarvan noch de werkgever, noch de werknemer belang bij onverkorte toepassing van de regeling. Het zou gaan om overbodige verplichtingen, waarmee de regering de werkgever niet wil opzadelen.^[8] Voor de uitzondering op de transitievergoeding volstaat zij met een verwijzing naar de toelichting op de nieuwe ketenregeling.^[9]

In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer verduidelijkt de minister dat de leer- of kwalificatieplicht meebrengt dat de werkzaamheden door het overgrote deel van deze groep niet worden verricht om in het levensonderhoud te voorzien en de regelgeving (voor deze groep) dan ook niet zo moet zijn ingericht als ware dat wel het geval. Dat is volgens de minister, gegeven de groep die het betreft, ook niet in hun belang omdat werkgevers terughoudend zullen zijn als het gaat om het in dienst nemen van tot deze groep behorende jongeren, noch in het belang van de betreffende werkgevers, nu zij alsdan zouden worden geconfronteerd met lasten die gezien de groep jongere werknemers die het betreft als onnodig moeten worden aangemerkt.^[10]

Het gaat in de kern derhalve om twee argumenten, te weten:

1. de betrokken werknemers hebben vanwege hun bijzondere positie geen behoefte aan de door de wettelijke regelingen geboden bescherming (en het is daarom niet nodig om werkgevers met de lasten daarvan te confronteren); en
2. toepasselijkheid van die regelingen gaat ten koste van de arbeidsmarktpositie van de betrokken werknemers.

Dat voor jongeren een leer- en kwalificatieplicht bestaat, is in de onderbouwing van de maatregelen van ondergeschikt belang. Niet alle jongeren zijn tot hun achttiende verjaardag leer- of kwalificatieplichtig. Men kan reeds op jongere leeftijd een startkwalificatie (mbo of havo) hebben gehaald of, zoals leerlingen uit het praktijkonderwijs en voortgezet speciaal onderwijs, van de kwalificatieplicht zijn vrijgesteld (zie artikel 4a lid 1 en 2 Leerplichtwet 1969). Dat het bestaan van de leer- en kwalificatieplicht voor de onderbouwing van de uitzonderingen niet doorslaggevend is, blijkt ook uit het feit dat jongeren op wie deze plicht rust, maar die (bijvoorbeeld in de avonduren en het weekend) gemiddeld meer dan twaalf uren per week werken, wel aanspraak kunnen maken op een transitievergoeding en onder de reikwijdte van de nieuwe ketenregeling vallen. De leer- en kwalificatieplicht wordt door de regering slechts gebruikt om het argument te schragen dat het (vrijwel steeds) gaat om arbeid met een bijkomstig karakter.

4. Leeftijdscriminatie

Omdat de uitzonderingen zijn gekoppeld aan een bepaalde leeftijd, dringt zich de vraag op of zij zich wel verdragen met Richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.^[11] Ingevolge artikelen 2 en 3 van deze Richtlijn is een ongunstiger behandeling van werk nemers dan anderen in een vergelijkbare situatie op grond van – onder meer – leeftijd verboden met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning. De lidstaten kunnen op grond van artikel 6 van de Richtlijn wel bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Dergelijke verschillen kunnen volgens het artikel onder meer omvatten het creëren van bijzondere arbeidsvoorwaarden voor jongeren, teneinde hun opnemingsproces te bevorderen.

Omdat personen die ouder zijn dan achttien jaar, ook als hun werkzaamheden een omvang hebben van niet meer dan twaalf uren per week, wel onder de werkingssfeer van de ketenregeling en de regeling van de transitievergoeding vallen, is in de Wvz sprake van een verschil in behandeling op grond van leeftijd. Dit onderscheid is in strijd met Richtlijn 2000/78, tenzij een objectieve en redelijke grond als bedoeld in artikel 6 van die Richtlijn aanwezig is. De door de regering aangehaalde (financiële en administratieve) belasting voor het bedrijfsleven kan, nu het een bedrijfseconomisch doel betreft, niet als een doelstelling van sociaal beleid in de zin van artikel 6 lid 1 van de Richtlijn hebben te gelden en dus geen objectieve en redelijke grond vormen voor een direct leeftijdsonderscheid.^[12] Het voorkomen van negatieve gevolgen voor de arbeidsmarktpositie van de betrokken werknemers kan dat wel zijn. Vraag blijft dan of de gekozen maatregelen passend en noodzakelijk zijn om deze doelstelling te bereiken.

Voorop dient te worden gesteld dat uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU volgt dat eenvoudige algemene verklaringen dat een bepaalde maatregel bevorderlijk is voor de arbeidsmarktpositie van een bepaalde categorie werknemers, niet volstaan om aan te tonen dat het doel van die maatregel niets van doen heeft met discriminatie, en dat deze evenmin gegevens verschaffen op grond waarvan redelijkerwijs kan worden geoordeeld dat de gekozen middelen geschikt zijn of zouden kunnen zijn ter bereiking van dat doel.^[13] Dergelijke algemene verklaringen kunnen de betreffende maatregel derhalve niet rechtvaardigen.

Uit het in 2005 gewezen *Mangold*-arrest blijkt voorts dat het Hof in zaken betreffende leeftijdsonderscheid een strikte proportionaliteitstoets aanlegt.^[14] In dit arrest stond een Duitse regeling centraal op grond waarvan het werkgevers was toegestaan met personen van 52 jaar en ouder een onbeperkt aantal arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te sluiten. Het Hof overweegt allereerst dat het doel van de maatregel – het bevorderen van de opnemingsproces van ouderen in het arbeidsproces – zonder meer rechtmatig is. Vervolgens stelt het vast dat de lidstaten een ruime beoordelingsvrijheid toekomt bij hun keuze van de maatregelen die geschikt zijn voor het verwezenlijken van hun doelstellingen op het gebied van sociaal beleid en werkgelegenheid. Toch kan de Duitse regeling niet door de beugel. Zij gaat volgens het Hof verder dan passend en noodzakelijk is voor het bereiken van het nagestreefde doel voor zover zij de leeftijd van de werknemer als enig criterium hanteert voor het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, zonder dat is aangetoond dat die

leeftijdsgrens, los van iedere andere overweging ter zake van de structuur van de betrokken arbeidsmarkt en de persoonlijke situatie van de betrokkene, objectief noodzakelijk is voor het verbeteren van de arbeidsmarktpositie van de betrokken werknemers.

Het is zeer de vraag of de uitzonderingen die in de Wwz worden gemaakt, de toets van het Hof kunnen doorstaan. De regering onderbouwt nergens waarom een generieke uitzondering voor jongeren nodig is om negatieve gevolgen op de arbeidsmarktpositie van deze categorie werknemers te voorkomen. We vinden in de stukken niet meer dan eenvoudige algemene verklaringen over de mogelijke negatieve gevolgen voor hun arbeidsmarktpositie als de uitzonderingen niet zouden worden gemaakt. Is er überhaupt reden ons zorgen te maken over de arbeidsmarktpositie van jongeren tot achttien jaar en zo ja, hoe dragen de maatregelen dan bij aan een versterking van die positie? Zou de werkgever zonder deze maatregelen de voorkeur geven aan andere, dat wil zeggen oudere arbeidskrachten? Dat ligt zeker niet voor de hand nu de regeling voor opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en de transitievergoeding ook onverkort op die andere groep van toepassing zijn en de arbeidskracht van jongeren ook bij toepasselijkheid van die regelgeving nog steeds (aanmerkelijk) goedkoper is dan die van oudere werknemers.

Van belang is voorts het arrest van het Hof van Justitie EU in de zaak *Kücükdeveci vs. Swedex*. In deze zaak ging het om een in het Duitse burgerlijk wetboek neergelegde bepaling inzake de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn.^[15] Deze termijn wordt trapsgewijs verlengd naargelang de duur van het dienstverband. Bij de berekening van de duur van het dienstverband blijven de tijdvakken van arbeid die de werknemer vóór het bereiken van de leeftijd van 25 jaar heeft vervuld, buiten beschouwing. Volgens de verwijzende rechter beoogt de nationale regeling de werkgever meer flexibiliteit bij het personeelsbeheer te geven door de lasten van die werkgever te verlagen bij ontslag van jonge werknemers, waarvan redelijkerwijs een grotere persoonlijke en professionele mobiliteit mag worden verwacht. Verder zouden jongeren sneller in dienst worden genomen als voor hen een kortere opzegtermijn geldt. Deze doelstellingen vallen volgens het Hof onder een beleid op het terrein van werkgelegenheid en de arbeidsmarkt en kunnen derhalve als legitiem worden aangemerkt. Het Hof acht de regeling echter niet passend ter verwezenlijking van die doelstellingen. Zij geldt namelijk voor alle werknemers die vóór het bereiken van de leeftijd van 25 jaar in dienst traden van de onderneming, ongeacht hun leeftijd op het tijdstip van ontslag. Werknemers worden dus ook na het bereiken van de leeftijd van 25 jaar nog met de gevolgen van de uitsluiting geconfronteerd. Zo heeft van twee werknemers met beiden tien jaar anciënniteit, de werknemer die op achttienjarige leeftijd in dienst trad volgens de nationale regeling slechts recht op een opzegtermijn van één maand, terwijl voor de werknemer die vijftientig was bij zijn indiensttreding, bij ontslag een termijn van vier maanden geldt. Uit het *Kücükdeveci*-arrest kunnen we afleiden dat het bij maatregelen die jongeren op grond van hun bijzondere positie uitzonderen van beschermende bepalingen, van groot belang is om vast te stellen of de gemaakte uitzonderingen 'nawerken', in die zin dat werknemers ook op latere leeftijd, wanneer zij niet meer in die bijzondere positie verkeren, nog met de gevolgen van de maatregel geconfronteerd worden.^[16] Deze 'nawerking' doet zich ook voor bij de uitzonderingen op de ketenregeling en de transitievergoeding. De arbeidsovereenkomsten op basis waarvan gemiddeld ten hoogste twaalf uren per week wordt gewerkt die zijn doorgebracht vóór het bereiken van de achttiende verjaardag, tellen immers (ook) niet mee bij de beoordeling wanneer ná het bereiken van die leeftijd de numerieke of temporele grenzen van artikel 7:668a bereikt worden. Wordt de werknemer ontslagen ná zijn achttiende verjaardag, dan telt de diensttijd vóór zijn achttiende verjaardag niet mee bij de beoordeling of de werknemer voldoet aan de voorwaarde voor de transitievergoeding dat hij ten minste

24 maanden in dienst is en evenmin bij de bepaling van de hoogte van die vergoeding. Dit betekent bijvoorbeeld dat de transitievergoeding na een zesjarig dienst verband van tien uren per week voor een werknemer van 21 jaar één maandsalaris bedraagt, terwijl zijn collega van 24 jaar met dezelfde anciënniteit en een zelfde aantal gewerkte uren een transitievergoeding van twee maandsalarissen ontvangt. De maatregelen treffen derhalve ook – en wat de transitievergoeding betreft, vanwege de franchise van 24 maanden, zelfs met name – werknemers boven de achttien. Dat jongeren onder de achttien jaar in een wezenlijk andere positie verkeren dan ouderen, kan voor dit verschil in behandeling op latere leeftijd geen rechtvaardiging vormen.

5. Gelijke behandeling op grond van arbeidsduur

In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer erkent de regering dat de uitzondering voor jongeren in de regeling van de transitievergoeding gelijkenis vertoont met de Duitse regeling van de opzegtermijnen waarover het Hof van Justitie zich in het *Kückdeveci*-arrest heeft gebogen. Zij ziet echter ook een belangrijk verschil. De uitzonderingen in de Wvz zijn niet absoluut. Zij werken immers niet door op arbeidsrelaties van meer dan twaalf uren per week.^[17] De regering lijkt derhalve in de veronderstelling te verkeren dat het bijkomstige karakter van de werkzaamheden de uitzonderingen zou kunnen rechtvaardigen. Niets is minder waar.

Een andere Europese richtlijn, Richtlijn 97/81/EG betreffende de door de Europese sociale partners gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid,^[18] verbiedt een minder gunstige behandeling van deeltijdwerkers met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden ten opzichte van vergelijkbare voltijdwerkers, louter op grond van het feit dat zij in deeltijd werkzaam zijn, tenzij het verschil in behandeling om objectieve redenen gerechtvaardigd is. Wanneer zulks passend is, zoals bij de hoogte van de beloning, dient op grond van de raamovereenkomst het 'pro rata temporis'-beginsel te worden toegepast.^[19]

Als vergelijkbare voltijdwerker kan in de hier besproken gevallen worden uitgegaan van de werknemer jonger dan achttien jaar met dezelfde opleiding en ervaring die in hetzelfde bedrijf dezelfde werkzaamheden verricht, maar dan in voltijd. Hij valt anders dan zijn leeftijdgenoot met een kleine deeltijdbaai wel onder het toepassingsbereik van artikel 7:668a BW, en de door hem vóór zijn achttiende verjaardag doorgebrachte diensttijd wordt gewoon meegeteld bij de beoordeling of en zo ja, tot welk bedrag hem een transitievergoeding moet worden verleend. De door de regering voor dit verschil in behandeling aangevoerde redenen – het bijkomstig karakter van de werkzaamheden – zijn louter gelegen in de omvang van de arbeidsovereenkomst.

Het argument dat de jongere, gelet op de beperkte omvang van zijn aanstelling, voor zijn levensonderhoud waarschijnlijk niet op de inkomsten uit die arbeid is aangewezen, kan de uitsluiting niet rechtvaardigen. Het doet denken aan het door de Duitse regering in de zaak *Rinner-Kühn* aangevoerde argument voor de uitsluiting van werknemers met een kleine deeltijdaanstelling van de wettelijke loon doorbetalingsplicht bij ziekte. Deze werknemers zouden niet in dezelfde mate in het bedrijf zijn geïntegreerd en van dat bedrijf afhankelijk zijn als andere werknemers. Dat argument werd door het Hof van tafel geveegd als een niet meer dan generaliserende uitspraak ten aanzien van bepaalde categorieën werknemers. Er konden geen objectieve criteria uit worden afgeleid die geen verband hielden met discriminatie.^[20] Ik wijs er verder op dat het accepteren van dit soort algemene overwegingen over de afhankelijkheid van de uitkomsten van de arbeid als objectieve rechtvaardigingsgrond voor een ongunstiger behandeling van werknemers met een kleine deeltijdbetrekking mee zou brengen dat elke werknemer met een dergelijke betrekking de voordelen

kunnen worden ontzegd die aan voltijdwerknemers toekomen. Dat zou aan de richtlijn, die juist beoogt discriminatie van deeltijdwerkers op te heffen en de kwaliteit van deeltijdarbeid te verbeteren, elk nuttig effect ontnemen.^[21] Wat de transitievergoeding betreft snijdt het behoefte-argument bovendien geen hout, omdat behoefte voor andere werknemers ook geen vereiste is. De vergoeding heeft, door het ontbreken van bestedingsvoorwaarden, het karakter van uitgesteld loon. Niet valt in te zien waarom jongeren meen bijbaantje, die hun uitgavenpatroon meestal afstemmen op de daaruit genoten verdiensten, verstoken moeten blijven van een vergoeding, terwijl een in voltijd werkende leeftijdgenoot die geen schade lijdt door het verlies van zijn baan, bijvoorbeeld omdat hij aansluitend ander werk heeft gevonden, wel in aanmerking komt voor een vrij te besteden geldbedrag. Ten slotte geldt (ook hier) dat het behoefte-argument de uitzonderingen niet kan rechtvaardigen omdat zij niet alleen personen tot achttien jaar treffen, maar evenzeer – en wat de transitievergoeding betreft, in het bijzonder – personen die ouder zijn. Deze personen zullen voor hun levensonderhoud veelal wel zijn aangewezen op het verrichten van arbeid.

6. Raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd

De uitzondering op de ketenregeling is niet alleen strijdig met de hiervoor besproken Richtlijnen 2000/78 en 97/81, maar ook met Richtlijn 1999/70/EG betreffende de tenuitvoerlegging van de door de Europese sociale partners gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.^[22] Op grond van deze richtlijn zijn de lidstaten gehouden om maatregelen te treffen om misbruik als gevolg van het opeenvolgend gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te voorkomen. Zij kunnen kiezen uit een of meer van de volgende maatregelen:

- a. vaststelling van objectieve redenen die vernieuwing van dergelijke overeenkomsten rechtvaardigen;
- b. vaststelling van de maximale totale duur van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd; of
- c. vaststelling van het aantal malen dat dergelijke overeenkomsten mogen worden vernieuwd.

Nederland heeft in artikel 7:668a BW voor een combinatie van de laatste twee maatregelen gekozen. Het aangaan van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd is gelimiteerd in duur en aantal. Na invoering van het nieuwe artikel 7:668a BW zal daarnaast ook nog een inhoudelijke beperking gaan gelden voor cao-bepalingen waarin – binnen nader aangegeven kaders – wordt afgeweken van de wettelijke beperkingen.

Voor het aangaan van opvolgende arbeidsovereenkomsten met personen jonger dan achttien jaar wier arbeid wekelijks gemiddeld niet meer dan twaalf uren bedraagt, vallen als gevolg van de invoering van de Wwz alle beperkingen weg. Tot de achttiende verjaardag wordt een onbeperkt aantal opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd mogelijk. Dit betekent bijvoorbeeld dat een werkgever, door een zestienjarige een bepaalde-tijdcontract van een week aan te bieden en dit steeds (stilzwijgend) te verlengen, tot diens achttiende verjaardag wekelijks de gelegenheid heeft zonder verdere plichtplegingen afscheid te nemen van deze jeugdige werknemer. De arbeidsovereenkomst van de jongere eindigt in deze constructie elke week weer van rechtswege. Een ontslagvergunning is niet vereist, met bijzondere opzegverboden hoeft geen rekening te worden gehouden en een opzegtermijn behoeft evenmin in acht te worden genomen. De uitzondering op de ketenregeling voor jongeren werkt

7.Slot

Op grond van het voorgaande concludeer ik dat de in de Wwz voorziene uitzonderingen voor personen tot achttien jaar in strijd zijn met Richtlijn 2000/78, omdat zij direct onderscheid maken op grond van leeftijd en voor dat onderscheid mogelijk wel een legitieme grond bestaat, maar de gekozen maatregelen niet passend zijn om dat doel te bereiken. De uitzonderingen zijn voorts in strijd met Richtlijn 97/81/EG, omdat jongeren met een kleine deeltijdaanstelling ongunstiger worden behandeld dan jongeren die voltijd werken, de daarvoor aangevoerde redenen – het bijkomstig karakter van de werkzaamheden – louter zijn gelegen in de omvang van de arbeidsovereenkomst, en voor dat verschil geen objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat. De uitzondering voor jongeren op de nieuwe ketenregeling is bovendien in strijd met Richtlijn 1999/70/EG inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, omdat voor het aangaan van opvolgende arbeidsovereenkomsten met personen jonger dan achttien jaar wier arbeid wekelijks gemiddeld niet meer dan twaalf uren bedraagt, alle beperkingen worden opgeheven.

Was slechts sprake van strijdigheid met Richtlijn 97/81/EG en Richtlijn 1999/70/EG, dan zou voor de gedupeerde jongere onder het nieuwe recht geen andere mogelijkheid open staan dan de staat op grond van de *Francoovich*-leer aan te spreken tot vergoeding van de schade als gevolg van de onjuiste omzetting van de Richtlijn in nationaal recht.^[23] Een richtlijnconforme uitleg van dat nationale recht lijkt immers, gelet op de duidelijke bewoordingen van de nieuwe wettekst, uitgesloten.^[24] Het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd wordt door het Hof van Justitie in het *Mangold*- en *Küçükdeveci*-arrest evenwel aangemerkt als een algemeen beginsel van Unierecht, dat rechtstreeks doorwerkt in de nationale rechtsorde. Dit brengt mee dat de nationale rechter daarmee strijdige bepalingen, zoals de uitzonderingen voor jongeren in de Wwz, in een geding tussen werkgever en werknemer buiten toepassing moet laten.^[25]

Voetnoten

- [1] Wet van 14 juni 2014, *Stb.* 2014, 216.
- [2] Prof. mr. W.H.A.C.M. Bouwens is hoogleraar Sociaal Recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.
- [3] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 38.
- [4] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 110.
- [5] Aan deze personen kan door de kantonrechter wel een 'billijke vergoeding' worden toegekend indien het ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Zie onder meer art. 7:671b lid 8 sub c (ontbinding op verzoek werkgever) en art. 7:673 lid 9 sub b (niet voortzetten bepaalde tijd).
- [6] [Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3](#), p. 15.
- [7] STAR, *Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020*, Den Haag 2013, p. 25.
- [8] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 15
- [9] [Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3](#), p. 40
- [10] [Kamerstukken I 2013/14, 33818, C](#), p. 9.
- [11] Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000, *PbEG* 2000, L 303/16.
- [12] Vergelijk HvJ EG 5 maart 2009, *JAR* 2009/93 (*Age Concern*), para. 46: het moet gaan om doelstellingen van sociaal beleid, die zich door hun karakter van algemeen belang onderscheiden van louter individuele beweegredenen die eigen zijn aan de situatie van de werkgever, zoals de vermindering van kosten.

- [13] Vergelijk ten aanzien van geslachtsdiscriminatie; HvJ EG 9 februari 1999, *Jur.* 1999, I-00623 (*Seymour*); HvJ EG 20 maart 2003, *Jur.* 2003, I-2741 (*Kutz-Bauer*); HvJ EG 11 september 2003, *JAR* 2004/16 (*Steinicke*).
- [14] HvJ EG 22 november 2005, *JAR* 2005/289, *ArA* 2006/3, p. 78, m.nt. Veldman.
- [15] HvJ EU 19 januari 2010, *JAR* 2010/53.
- [16] Het ontbreken van deze 'nawerking' was, naast de ruime beoordelingsvrijheid van de lidstaten, de belangrijkste reden waarom de Amsterdamse kantonrechter de Wet tijdelijke verruiming ketenregeling, op grond waarvan tot 1 januari 2012 met jongeren tot 27 jaar vier overeenkomsten voor bepaalde tijd voor maximaal vier jaar mochten worden gesloten, niet in strijd achtte met Richtlijn 2000/78: Ktr. Amsterdam (vzr.) 11 mei 2012, *JAR* 2012/160, met kritische noot van E.L.J. Bruyninckx. Het vonnis is inmiddels bekrachtigd door Hof Amsterdam 5 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3164.
- [17] *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, nr. C, p. 96.
- [18] Richtlijn van 15 december 1997, *PbEG* 1997, L14.
- [19] Vergelijk HvJ EU 10 juni 2010, *JAR* 2010/166.
- [20] HvJ EG 13 juli 1989, C-171/88, *Jur.* 1989, 2743 (het ging in casu om indirect onderscheid op grond van geslacht).
- [21] Ik wijs er overigens op dat ook meer in het algemeen bij de regeling van de transitievergoeding vraagtekens kunnen worden geplaatst op grond van Richtlijn 1997/81 en Richtlijn 2000/78, nu voor de berekening van die vergoeding wordt uitgegaan van het laatstverdiende maandsalaris. Als gevolg daarvan zal de werknemer die voortaan in deeltijd gaat werken – een beslissing die (nog steeds) door meer vrouwen dan door mannen wordt genomen – bij ontslag ook over de diensttijd dat in voltijd werd gewerkt, slechts een op het lagere deeltijdsalaris afgestemde transitievergoeding ontvangen. Dat bij een omzetting van het dienstverband van deeltijd naar voltijd ook het omgekeerde geldt, kan bovendien voor werkgevers reden zijn om niet mee te werken aan een verzoek van de werknemer tot uitbreiding van het dienstverband.
- [22] Richtlijn 1999/70/EG van 28 juni 1999, *PbEG* 1999, L175/43.
- [23] HvJ EG 19 november 1991, *NJ* 1994, 2.
- [24] Richtlijnen hebben als zodanig geen horizontale werking. Wel rust op de rechter de verplichting het nationale recht conform te interpreteren. Deze verplichting kan echter niet dienen als grondslag voor een uitlegging *contra legem*. Zie onder meer: HvJ EU 24 januari 2012, *JAR* 2012/54 (*Dominguez*).
- [25] Verdedigbaar is dat een zelfde resultaat bereikt kan worden met een beroep op art. 21 van het Handvest van de Grondrechten. Zie daarover: H.C.F.J.A. de Waele, 'Horizontale werking van het EU-Grondrechtenhandvest: de kogel lijkt door de kerk', *NtEr* 2014/5, p. 158 e.v.